

# Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2006). Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 134-140.

## Document status and date:

Published: 01/01/2006

## Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# Belangenafweging door de rechter in het vermogensrecht: een kritische beschouwing

Prof. mr. J.M. Smits\*

## 1. Inleiding

Een belangrijke taak van de rechtswetenschap is om vanzelfsprekend lijkende verworvenheden aan een kritisch onderzoek te onderwerpen. Eén van die verworvenheden is dat de rechter belangen heeft te wegen: het wordt doorgaans gezien als een teken van moderne en dus *goede* rechtsvinding indien de rechter belangen weegt om tot een oplossing van het geschil te komen. Inmiddels wordt belangenafweging zelfs vrij kritiekloos gezien als karakteristiek voor de tegenwoordige rechtspraak. Het doel van deze bijdrage is om na te gaan of dit enthousiasme voor (de huidige wijze van) belangenafweging in het vermogensrecht terecht is. Er zijn goede redenen om deze vraag te stellen: belangenafweging komt in het vermogensrecht frequent voor, maar is tot nu toe weinig geproblematiseerd.<sup>1</sup>

De opbouw van het betoog is als volgt. Eerst wordt nagegaan waar precies de oorsprong ligt van de belangenafweging in het vermogensrecht en waartoe deze dient (par. 2). Vervolgens wordt een typologie van belangenafweging gegeven: wanneer vindt deze precies plaats en op welke manier? Omdat een dergelijke typologie niet eerder is beproefd, is hier veel plaats voor ingeruimd (par. 3). Daarmee is de weg vrij voor een normatief oordeel over belangenafweging: moet een dergelijke wijze van rechtsvinding inderdaad worden toegejuicht of zijn er ook redenen om minder enthousiast te zijn (par. 4)? Dat resulteert in een pleidooi voor een betere motivering door de rechter en in het bieden van alternatieven over hoe belangen op consistentere wijze te wegen (par. 5).

## 2. Belangenafweging als methode van rechtsvinding

Belangenafweging in het vermogensrecht is voor de rechter een methode van rechtsvinding: het is een van de instrumenten die hij gebruikt om tot een aanvaardbaar resultaat te komen. Rechtstheoretisch vindt de methode zijn oorsprong in de *Interessenjurisprudenz* zoals in de negentiende eeuw ontwikkeld door Von Jhering en uitgewerkt door Heck.<sup>2</sup> Tegenover de *Begriffsjurisprudenz* stelden zij dat aan elke (wettelijke) rechtsregel een belangenafweging ten grondslag ligt en dat alleen door de achter de regel liggende belangen te kennen de regel kan worden geduid. Niet de tekst van de regel of de abstracte inhoud van een rechtsbegrip zijn aldus bepalend om een geschil op te lossen, maar de belangen die achter de regel schuilgaan en die in het licht van de omstandigheden van het geval moeten worden blootgelegd. Dit is goed tot uitdrukking gebracht door Heck, die regels als versteende belangenafwegingen zag.

Het is belangrijk om zich te realiseren dat deze oorspronkelijke *Interessenjurisprudenz* nog altijd aansloot bij een legistisch wereldbeeld: de rechter mag de door de wetgever neergelegde belangenafweging 'tot gelding brengen', maar daarvan niet afwijken. De rechter blijft aldus in beginsel gebonden aan de wet: de wijze waarop de wetgever eerder de belangen heeft gewogen, is voor hem bindend. Onjuist is in dit verband de bewering dat belangenafweging in Nederland pas in de tweede helft van de twintigste eeuw is opgekomen: ook voor 1950 vonden belangenafwegingen in de rechtspraak veelvuldig plaats<sup>3</sup>, zij het minder vrijmoedig dan later het geval is en vooral gericht op interpretatie van bestaande regels.<sup>4</sup> Na 1950 treden naast de belangenafweging als interpretatiemethode wel andere typen van belangenafweging op de voorgrond: in par. 3 wordt getracht om die te typeren. Zij hebben gemeen dat de rol van de wettelijke regel verregaand wordt gerelativeerd en dat de rechter *zelf* een afweging moet maken tussen tegenstrijdige belangen. Inherent aan een (civiel-rechtelijk) geschil is immers dat tegenover het belang van de een altijd een belang van de ander staat en dat dit conflict op enigerlei wijze moet worden beslist. Zo beschouwd is elk geschil te herleiden tot een belangenconflict.

Gelet op deze historische ontwikkeling van belangenafweging als *eerst* alleen van belang voor de uitleg van een regel en *later* als zelfstandig redengevend voor het rechterlijk oordeel wordt in de Duitse literatuur wel aangenomen dat er twee afzonderlijke methoden van rechtsvinding zijn: subsumptie en belangenafweging.<sup>5</sup> Daargelaten dat ook de interpretatie van de regel waaronder wordt gesubsumeerd niet zonder nadere belan-

\* Prof. mr. J.M. Smits is hoogleraar Europees Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht. Met dank aan Janneke Gerards voor haar commentaar bij een eerdere versie.

1. Zie echter A.A. Franken & E.P.M. Joosen (red.), *Wederkerige rechtsbetrekkingen; belangenafweging door de rechter*, Lelystad 1993 en de hieronder genoemde literatuur.
2. Resp. Rudolph Von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig 1877 en Philipp Heck, 'Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz', *AcP* 112 (1914), p. 1 e.v., waarover Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl., München 1989, p. 73 e.v.
3. Verwezen zij bijv. naar Hoge Raad 23 mei 1924, *NJ* 1924, 817 (*Smalhout q.q./De Haan*), een uitspraak die in Asser/Scholten, *Algemeen deel*, 3e druk, Zwolle 1974, p. 120, wordt geprezen als fraai gemotiveerd.
4. Vgl. hierover E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming', in: *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, p. 211 e.v., M.R. Mok, 'Stellingen n.a.v. de bijdrage van Prof. mr. E. Hirsch Ballin', *NJB* 1988, p. 1584 en Asser/Vranken, *Algemeen deel* \*\*, Zwolle 1995, nr. 221. Zie ook Asser/Vranken, *Algemeen deel: een vervolg*, Deventer 2005, nr. 99.
5. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1983; vgl. Hirsch Ballin, o.c., p. 218.

genafweging kan worden vastgesteld, geeft dit goed aan wat het grote belang is van belangenafweging in de tegenwoordige rechtspraktijk – ook in Nederland.

Cruciaal voor een consistente wijze van belangenafweging is dat steeds duidelijk is *welke* belangen (persoonlijke, maatschappelijke, financiële, etc.) precies worden gewogen<sup>6</sup> en *hoe* dit geschiedt. De term ‘afwegen’ impliceert dat elk belang een eigen gewicht heeft. Kan dit gewicht in abstracto worden bepaald of alleen in de omstandigheden van het geval? Larenz lijkt het laatste te impliceren waar hij het a priori voorop stellen van één belang niet mogelijk acht.<sup>7</sup> De Nederlandse rechter huldigt doorgaans dezelfde opvatting en beslist belangenafwegingen in de omstandigheden van het geval, vaak aan de hand van lijsten met relevante gezichtspunten (*topoi*).<sup>8</sup> Die praktijk heeft belangrijke nadelen die in par. 4 aan de orde worden gesteld.

### 3. Belangenafweging in het vermogensrecht: een typologie

Wanneer weegt de rechter in het vermogensrecht nu belangen? In deze paragraaf wordt een typologie van gevallen beproefd. Onderscheiden wordt tussen vijf situaties: die waarin een wettelijke plicht tot belangenafweging bestaat (3.1), die waarin belangenafweging dient ter invulling van open normen (3.2), ter interpretatie van regels (3.3) of om een de rechter onwelgevallige regel opzij te zetten (3.4) en ten slotte de weging van ‘maatschappelijke’ belangen (3.5).

#### 3.1 Een wettelijke plicht tot belangenafweging: zeldzaam

De gevallen waarin volgens het Burgerlijk Wetboek een expliciete plicht tot belangenafweging bestaat zijn zeldzaam. Een onderzoek in de eerste zeven boeken van het BW levert slechts een handvol bepalingen op. Zo bepaalt art. 3:168 lid 2 BW dat de rechter een regeling kan treffen voor het beheer van gemeenschappelijke goederen door de deelgenoten. Daarbij houdt de rechter ‘naar billijkheid rekening zowel met de belangen van partijen als met het algemeen belang’. Dat wordt in de parlementaire geschiedenis aldus geconcretiseerd dat alle persoonlijke en algemene belangen die bij het geval betrokken zijn dienen te worden afgewogen.<sup>9</sup> Een afweging van de belangen van partijen zelf naast belangen van derden (maar zonder dat het algemeen belang wordt meegewogen) biedt art. 7:274 lid 1 sub c BW inzake huur van woonruimte: indien de verhuurder de verhuurde woonruimte zelf dringend nodig heeft voor eigen gebruik en de huurder stemt daarmee niet in, dan voorziet de wet in een procedure. De rechter kan de huur dan beëindigen, waarbij hij als criterium heeft te hanteren of de verhuurder de woonruimte zo dringend nodig heeft voor eigen gebruik ‘dat van hem, de belangen van beide partijen en van onderhuurders naar billijkheid in aanmerking genomen, niet kan worden gevegd dat de huurovereenkomst wordt verlengd (...)’.

Een bekendere plicht tot belangenafweging ligt besloten in het algemeen geformuleerde art. 3:13 BW over

misbruik van bevoegdheid. Een van de in lid 2 van dat artikel genoemde gevallen betreft dat waarin de recht-hebbende in redelijkheid een bevoegdheid niet kan uitoefenen. Om dat vast te stellen moet de rechter twee belangen wegen: het belang van de recht-hebbende bij de uitoefening van zijn bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad. Het wellicht bekendste voorbeeld van dit type belangenafweging is de casus van de grensoverschrijdende garage.<sup>10</sup> Het instellen van een vordering tot afbraak van een garage die de perceels-grens met 70 cm overschrijdt kan misbruik van recht opleveren als het belang van de buurman bij het laten staan van de garage groter is dan het belang van de buurvrouw bij amotie. Een voor dit betoog cruciale vraag is hoe dit type afwegingen precies moet plaatsvin-den. In casu woog de rechter formeel aan de hand van de maatstaf van de proportionaliteit (zoals ook neerge-legd in art. 3:13), hoewel uiteindelijk twee andere facto-ren mede redengevend waren: de goede trouw van de buurman (die er in casu was) en de schade die de buurman door de afbraak leed (die niet kwam vast te staan). Vraag is of de verwijzing naar deze twee factoren de beslissing kan dragen dat het belang van de buur-vrouw uiteindelijk prevaleerde.

Wellicht de meest bekende plicht om belangen te wegen is te vinden in art. 6:168 BW.<sup>11</sup> De rechter kan een vordering die strekt tot een verbod van een onrecht-matige gedraging afwijzen op de grond dat die gedra-ging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. Dat betekent dat de (wellicht uiteenlopende) maatschappelijke belangen samen met de betrokken persoonlijke belangen in de afweging moeten worden betrokken.<sup>12</sup> Indien dus naast de individuele belangen van partijen – in het vermo-gensrecht zijn dat doorgaans financiële belangen – een maatschappelijk belang bestaat (zoals het algemene eco-nomisch belang of het belang van werkgelegenheid<sup>13</sup>), dan dienen die tegen elkaar te worden afgewogen. Over *hoe* dat precies moet geschieden zwijgt de wetgever overigens.

#### 3.2 Belangenafweging ter invulling van open normen

Een tweede situatie waarin belangenafweging plaatsvindt is praktisch veel belangrijker. Het betreft het geval waarin de rechter open normen (zoals onder meer

6. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 84.

7. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin 1975, p. 402.

8. Asser/Vranken, *Algemeen deel: een vervolg*, Deventer 2005, nr. 22 rept van ‘contextualisme’.

9. *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 3, Deventer 1981 (MvA II), p. 584.

10. Hoge Raad 17 april 1970, *NJ* 1971, 89 (*amotie*).

11. Waarover Asser/Hartkamp 4-III, *De verbintenis uit de wet*, 12e druk, Deventer 2006, nr. 119.

12. *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 6, Deventer 1981 (Handelingen II), p. 671.

13. Hoge Raad 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 (*Kalimijnen*). Zie ook onder par. 4.

vervat in art. 5:37, 6:2, 6:94, 6:109, 6:162 en 6:248 BW) dient in te vullen. De concretisering van die open normen geschiedt doorgaans aan de hand van door de Hoge Raad ontwikkelde vaste formules. Bekend is bijvoorbeeld de formule ter invulling van onrechtmatige hinder op grond van art. 6:162 BW: of sprake is van onrechtmatigheid hangt volgens vaste rechtspraak<sup>14</sup> af van 'de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteiten worden gediend (...)'. De vraag is ook hier hoe te bepalen welk belang precies wordt gediend door de hinder veroorzakende activiteit en hoe zwaar dit belang moet wegen. De rechter geeft daarin doorgaans geen inzicht. Overigens is zeker niet elke rechtsvinding aan de hand van een catalogus van factoren een afweging van belangen: zo moet worden betwijfeld of de befaamde Kelderluik-criteria deel zijn van een belangenafweging.<sup>15</sup> Zij zijn dat mijns inziens alleen in de hierboven (par. 2) bedoelde betekenis dat *elke* wijze van geschillenbeslechting kan worden herleid tot een conflict van belangen (in dit geval van gelaedeerde bij het verkrijgen van schadevergoeding en van laedens bij het gevrijwaard blijven van een vordering).

Gaat het om invulling van de redelijkheid en billijkheid, dan bestaat voor de rechter de plicht om de 'maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken' mee te wegen. Hoewel volgens de wettekst met deze belangen enkel dient 'rekening te worden gehouden', ligt het voor de hand om aan te nemen dat ook dit een afweging impliceert, zeker als de betrokken belangen tegenstrijdig zijn. De vraag op welke wijze die afweging moet geschieden wordt door de wetgever wederom niet aangegeven. Bestudering van de rechtspraak is in dit verband informatief, want daaruit blijkt dat de rechter zelden zijn toevlucht neemt tot een explicitering van de betrokken belangen (overigens ook niet tot een van de andere twee kenbronnen van art. 3:12).<sup>16</sup> De door art. 3:12 BW beoogde objectivering van redelijkheid en billijkheid komt daarmee niet uit de verf.

Een voorbeeld van een belangenafweging ter invulling van een open norm biedt art. 6:94 BW inzake de matiging van een bedongen boete. Op verlangen van de debiteur kan de rechter een overeengekomen boete

matigen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Volgens de parlementaire geschiedenis dient daarbij een afweging plaats te vinden tussen het belang van de crediteur bij ongewijzigde instandhouding van de boete (waarmee het aansporende karakter van het boetebeding wordt gediend) en het belang van de debiteur bij matiging van het overeengekomen bedrag. Die achtergrondinformatie is nuttig om de bepaling te begrijpen, maar of dit veel houvast biedt bij het oplossen van een concreet geschil kan worden betwijfeld. Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter veeleer bepalend acht de ernst van de tekortkoming, de daadwerkelijk geleden schade, de wijze van totstandkoming van het beding, etc.<sup>17</sup> De opmerking dat belangen worden gewogen, is in dit geval eigenlijk een dooddoener: het is waar, maar we schieten er niet heel veel mee op.

### 3.3 Belangenafweging ter interpretatie van regels

Het zojuist gegeven voorbeeld van art. 6:94 BW maakte duidelijk dat kennisneming van de belangen achter een bepaalde regel bijdraagt aan een juiste interpretatie er van. Dat is de kern van de al aangehaalde *Interessenjurisprudentz*: moderne rechtsvinding beschouwt alle regels in het licht van de belangen die erachter schuilgaan. Een derde gevaltype is dan ook dat waarin de belangenafweging ten doel heeft een bepaling te interpreteren en aldus de inhoud van de bepaling in de omstandigheden van het geval nader te bepalen. Dit gebruik van belangenafweging is onontbeerlijk voor een juiste toepassing van een bestaande regel en wordt al lang als erkende methode van rechtsvinding aanvaard.<sup>18</sup>

Van deze situatie kunnen zeer veel voorbeelden worden gegeven. Een willekeurig gekozen voorbeeld uit de recente jurisprudentie levert de zaak *Uitslag/Wolterink*.<sup>19</sup> In casu ging het om de interpretatie van art. 3:86 lid 3 BW. Wolterink had van Koster een tweedehands caravan gekocht die gestolen bleek te zijn van ene Buitenhuis. Verkoper Koster oefende zijn bedrijf uit in een als kantoor dienende caravan. Moest deze caravan nu worden beschouwd als een 'bedrijfsruimte, zijnde een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan met de bij het een en ander behorende grond' in de zin van art. 3:86? Alleen bij een bevestigend antwoord werd koper Wolterink beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van Koster. De Hoge Raad preciseert dat het hier gaat om

'een afweging van enerzijds het belang van de consument die zich een tweedehands zaak aanschafft, en anderzijds het belang van de criminaliteitsbestrijding. Daarbij is de grens aldus getrokken dat particuliere kopers (...) bescherming verdienen, indien zij (...) een zaak hebben gekocht in de voor dergelijke zaken normale handel (...), waar zij in beginsel geen gestolen zaken behoeven te verwachten.'

Het belang van Wolterink verdiende hiermee bescherming. Vraag is evenwel ook hier of de belangenafweging de beslissing in voldoende mate draagt. Het heeft meer weg van een docerende Hoge Raad die nog eens uitlegt

14. Onder meer Hoge Raad 15 februari 1991, *NJ* 1992, 639 (*Aalscholvers*) en Hoge Raad 29 oktober 1993, *NJ* 1994, 107 (*Kraaiende hanen*).

15. Hoge Raad 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderluik*). Asser/Hartkamp 4-III, o.c., nr. 51g stelt van wel.

16. Zie voor zeldzame gevallen Asser/Hartkamp II, *Algemene leer der overeenkomsten*, 12e druk, Deventer 2005, nr. 303 en J.D.A. den Tonkelaar, *Vermogensrecht*, art. 3:12, aant. 25 e.v. (losbl.).

17. Zie H. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht*, diss. Utrecht 2004, p. 85 e.v.

18. Vgl. ook Hirsch Ballin, o.c., p. 219 e.v., die spreekt van 'toepassingsjurisdictie' en voorbeelden geeft van arresten uit de jaren 1951-1952 waarin deze rechtsvindingsmethode al werd toegepast.

19. Hoge Raad 14 november 1997, *NJ* 1998, 147 (*Uitslag/Wolterink*).

hoe een bepaling valt te lezen. De sprong van de uitleg van de bepaling naar de uitkomst is evenwel niet geheel gemotiveerd.

### 3.4 *Belangenafweging als vehikel om een de rechter onwelgevallige regel opzij te zetten*

Een vierde gevaltype is dat waarin de rechter de belangenafweging gebruikt om een hem onwelgevallige regel terzijde te laten. Dit geval ligt in het verlengde van de zojuist besproken situatie, maar nu leidt de analyse van de betrokken belangen niet tot een uitleg van de regel, maar tot het oordeel dat in casu de belangen anders moeten worden gewogen dan de regel dat doet. Dit soort 'substantive reasoning'<sup>20</sup> komt zelden voor omdat de rechter doorgaans zal trachten de regel te interpreteren op een voor hem zo gunstig mogelijke wijze. Maar soms is de regel te weinig flexibel om dat mogelijk te maken.

Het bekendste recente voorbeeld van dit gevaltype is de zaak *Van Hese/De Schelde* waarin de Hoge Raad de verjaringstermijn van dertig jaar van de vordering tot schadevergoeding (art. 3:310 lid 2 BW (oud)) buiten werking stelde voor het geval waarin de schade naar haar aard verborgen is gebleven.<sup>21</sup> Daartoe werden de belangen van rechtszekerheid en individuele gerechtigheid opnieuw gewogen, met een ander resultaat dan waartoe de wetgever eerder was gekomen. Wederom geldt echter dat de precieze wijze waarop die belangenafweging plaatsvindt niet erg helder is: *close reading* van het arrest van de Hoge Raad leert dat het belang van de rechtszekerheid zo belangrijk wordt geacht dat dit slechts bij uitzondering zal mogen wijken voor individuele gerechtigheid, met name indien de schade verborgen is gebleven. Bepalend daartoe is een door de Hoge Raad gegeven opsomming van zeven te wegen factoren, waaronder de aard van de schade, het bestaan van een uitkering uit andere hoofde en de mate van schuld van de aangesprokene. De verhouding tussen de omstandigheden-catalogus en de uitkomst van de belangenafweging is evenwel niet duidelijk.

### 3.5 *Wegen van 'maatschappelijke' belangen (zoals grondrechten)*

In de tot nu toe besproken gevaltypen was steeds sprake van een weging van hetzij tegenover elkaar staande individuele belangen, hetzij van een individueel en een algemeen ('maatschappelijk') belang.<sup>22</sup> Vaak ook wordt de rechter geroepen om te oordelen over tegenover elkaar staande maatschappelijke belangen. Het belangrijkste voorbeeld daarvan is de botsing van grondrechten. Hier vindt belangenafweging misschien wel in haar meest zuivere vorm plaats omdat grondrechten zelf volgens vaste rechtspraak geen onderlinge rangorde kennen: de rechter moet bepalen welk het zwaarste weegt.

Een prealabele vraag is overigens of dit nu werkelijk een aparte categorie van belangenafweging is. Ook hier gaat het immers uiteindelijk om individuele belangen van rechtzoekenden en hun wederpartijen. Toch wordt het debat tussen partijen in dit soort gevallen zozeer

bepaald door de aard van de rechten die in het geding zijn dat zij hier apart worden besproken.

Sprekende gevallen van weging van botsende grondrechten betreffen de arresten *Gemeenteraadslid*<sup>23</sup> en *Suikerfeest*<sup>24</sup>. Het eerste geval zag op het conflict tussen persvrijheid (vrijheid van meningsuiting) en bescherming van de persoonlijke levenssfeer in een geval waarin een gemeenteraadslid de financiële integriteit van een bestuurder van kinderschermingsinstellingen in twijfel had getrokken. De Hoge Raad reduceerde die beide grondrechten tot 'twee, ieder voor zich hoogwaardige, maatschappelijke belangen', namelijk

'aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publikaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen; aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan (...).'

Welk belang in een gegeven geval de voorkeur verdient hing vervolgens wederom af van een catalogus van factoren, zoals de aard van de openbaar gemaakte verdenkingen en de ernst van de gevolgen van de publicatie voor de gelaedeerde, de ernst van de misstand die de publicatie aan de kaak probeert te stellen, de mate waarin de verdenkingen juist zijn, de inkleding van de verdenkingen, de mogelijkheid om het doel langs voor de gelaedeerde minder schadelijke weg te bereiken en de aard van het medium.<sup>25</sup> In par. 4 wordt hierop teruggekomen.

Ook in het *Suikerfeest*-arrest weigerde de Hoge Raad om een rangorde aan te geven tussen grondrechten. In casu conflicteerden godsdienstvrijheid en contractsvrijheid: een Turkse werkneemster bleef op een islamitische feestdag weg van haar werk nadat haar verzoek om een vrije dag door de werkgever was geweigerd. Leverde dit een dringende reden voor ontslag op in de zin van (thans) art. 7:677 BW? De afweging die door de rechter werd gemaakt was die tussen het belang van de werknemer om een voor haar belangrijke godsdienstige feestdag te kunnen vieren en het bedrijfs-economisch belang van de werkgever. De keuze tussen beide belangen werd wederom gemaakt door naar de omstandigheden van het geval te kijken, niet door een

20. Als tegengesteld aan 'formal reasoning': zie P.S. Atiyah & R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987; vgl. ook P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, Deventer 2000, p. 375.

21. Hoge Raad 28 april 2000, NJ 2000, 430 (*Van Hese/De Schelde*).

22. Zie voor het onderscheid tussen individuele en algemene belangen ook Peter Cane, *Tort Law and Economic Interests*, 2nd ed., Oxford 1996, p. 222.

23. Hoge Raad 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*).

24. Hoge Raad 30 maart 1984, NJ 1985, 350 (*Suikerfeest*). Zie voor een overzicht van verdere Nederlandse rechtspraak ook J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer 2003.

25. Hoge Raad 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (*Gemeenteraadslid*); zie ook Hoge Raad 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (*Het Parool/Van Gasteren*).

min of meer principiële keuze voor een van beide grondrechten.<sup>26</sup>

#### 4. Belangenafweging gewogen: een consistente praktijk?

Hoe nu te oordelen over bovenstaande belangenafwegingen? Positief is de flexibiliteit die zij bieden: zij staan toe om alle argumenten die de rechter nuttig voorkomen in de omstandigheden van het geval relevant te doen zijn voor de beslissing.<sup>27</sup> Zelfs waar de wetgever eerder gedetailleerde normen opstelde, kan de rechter die terzijde stellen met een beroep op de achter die normen gelegen belangenafweging – zoals het arrest *Van Hese/De Schelde* fraai laat zien. De prijs die de rechter moet betalen voor deze hem toegekende vrijheid is echter een uitgebreide plicht tot motiveren om de uitspraak aldus aan overtuigingskracht te doen winnen en beter vatbaar te maken voor rechterlijke controle en wetenschappelijke kritiek.<sup>28</sup> Van de rechter die belangen weegt, mag immers (zie ook par. 2) worden verwacht dat hij aangeeft welke belangen hij precies weegt en hoe hij dat doet. Indien expliciet een belangenafweging door de wetgever terzijde wordt gesteld mag mijns inziens bovendien worden verwacht dat de rechter aangeeft waarom de wettelijke afweging niet langer voldoet, ook al omdat hiermee democratische besluitvorming wordt doorkruist.<sup>29</sup> In het voorafgaande werd al enkele malen betwijfeld of de rechter steeds aan die eisen voldoet. Het is thans tijd om hier meer uitgebreid aandacht aan te besteden. Daartoe geef ik twee voorbeelden van het moeilijkste type gevallen, nl. dat waarin de rechter zegt<sup>30</sup> dat twee in beginsel gelijkwaardige belangen tegenover elkaar staan.<sup>31</sup>

Het eerste voorbeeld betreft weging van twee individuele belangen.<sup>32</sup> Bewust kies ik daarbij voor het beroemde *Kalimijnen*-arrest van de Hoge Raad. Dit arrest wordt algemeen geprezen om de uitkomst. De rechtsvraag was in casu welk belang voor ging: dat van de

Franse kalimijnen bij het zo goedkoop mogelijk lozen van zout of dat van de kwekers in het Westland bij goed sproeiwater? Dat zijn, althans voor zover het de vordering tot schadevergoeding betreft, gelijksoortige belangen van financieel-commerciële aard. De Hoge Raad oordeelde aldus:

‘Het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken [hangt af] van de aard, de ernst en de duur van de aan de laatsten toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval, waarbij o.m. rekening moet worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen (...). Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild.’

Civilisten zijn aan dit soort formuleringen gewend, maar bij kritische beschouwing lijkt dit een typisch geval van verhullend argumenteren.<sup>33</sup> De Hoge Raad hakt de knoop door met zijn oordeel dat de belangen van de benedenstroomse gebruiker zwaarder wegen dan die van de kalimijnen. Maar waarom? Kennelijk wordt impliciet de rechtseconomische opvatting verworpen dat lozingen zijn toegestaan voor zover de baten daarvan groter zijn dan de kosten. Kennelijk hecht de Hoge Raad wel grote waarde aan een rivier als bestemd voor duurzaam en gezamenlijk gebruik en wordt weer minder belang gehecht aan maatschappelijke belangen als de werkgelegenheid in de Elzas.<sup>34</sup> Speelt misschien ook mee dat de vervuiler zich in een ander land bevindt? Het blijft gissen. Natuurlijk kunnen annotatoren van het arrest speculeren over waarom het ene belang zwaarder weegt dan het andere, maar aan eisen van een consistente rechtspraak voldoet het arrest mijns inziens niet: weliswaar worden de belangen gedefinieerd als ‘financieel-economisch’, maar waarom het ene boven het andere gaat wordt niet afdoende gemotiveerd.

Het tweede voorbeeld betreft weging van twee volgens de rechter in beginsel gelijkwaardige maatschappelijke belangen. In het al aangehaalde arrest over het gemeenteraadslid stonden twee van dergelijke belangen tegenover elkaar (bescherming van de persvrijheid tegenover bescherming van de persoonlijke levenssfeer). In par. 3.5 bleek reeds hoe de Hoge Raad de knoop doorhakt: hij noemt welke omstandigheden een rol spelen en komt dan tot een eindoordeel. Maar dat biedt toch weinig inzicht in waarom nu het belang van de persvrijheid uiteindelijk voorgaat. Dat lijkt veeleer een intuïtief oordeel.<sup>35</sup> Een dragende motivering zou er pas zijn als de rechter aangeeft waarom vrijheid van meningsuiting een hoger belang dient dan bescherming van privacy – of andersom. In elk geval is de praktijk waarin

26. Vgl. J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag 2002, p. 539, die de Nederlandse rechtspraak t.a.v. toetsing van grondrechten terecht beschuldigt van een ‘zeer summier en vaak ondoorzichtige motivering’ en van een vaak ‘kort en tamelijk cryptisch oordeel’.

27. W.J. Witteveen, ‘Van wetstoepassing naar belangenafweging?’, in: *Wederkerige rechtsbetrekkingen*, o.c., p. 3.

28. Vgl. Asser/Hartkamp III, o.c., nr. 51g.

29. Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge Mass. 1990, p. 29 wijst erop dat de rechter het recht hiermee als instrument van beleid hanteert en dat het niet langer bindt omdat het autoritair is opgelegd. Maar: ‘Where does the judge turn for the knowledge that is needed to weigh the social interests that shape the law?’.

30. In par. 5 zal ik dit kwalificeren als een retorische truc van de rechter.

31. Zie voor weging van ongelijksoortige belangen ook B. Wachter, ‘Belangenafweging in het privaatrecht’, in: *Wederkerige rechtsbetrekkingen*, o.c., p. 83.

32. Hoge Raad 23 september 1988, NJ 1989, 743 (*Kalimijnen*).

33. Zie voor die term Vranken, *Algemeen deel: een vervolg*, o.c., nr. 24 e.v.

34. Zie ook de noot van J.H. Nieuwenhuis bij NJ 1989, 743.

35. Zie in dezelfde zin Dylan Griffiths, ‘Beslissen zonder belangenafweging: een andere benadering van civiele geschillen over publicaties’, *NJB* 2002, p. 834, 836.

de rechter doet alsof een 'afweging' van factoren welhaast logischerwijs tot het prevaleren van een van beide belangen leidt mijns inziens verkeerd.<sup>36</sup> Ik licht dit nader toe.

Er is weinig twijfel over dat uit bovenstaande arresten een bepaalde visie spreekt over de meest gewenste maatschappij: wie meer waarde hecht aan groei van de Europese economie (*Kalimijnen*) of aan privacy (*Gemeenteraadslid*) komt tot een ander oordeel dan de rechter in casu. Dit blijkt ook uit andere zaken waar grondrechten in het geding zijn. In de *Mensendieck*-zaak – waarin de Hoge Raad oordeelde dat het beding dat men de rest van zijn leven geen Mensendieckoefeningen meer mag geven niet in strijd was met de openbare orde en goede zeden<sup>37</sup> – prevaleerde de overeenkomst en niet het persoonlijkheidsrecht van de docent. Daar kan men anders over denken. In *Maimonides* – waarin een school een leerling weigerde omdat deze volgens de joodse wetten niet joods was<sup>38</sup> – werd het publieke belang van de school belangrijker geoordeeld dan het individuele belang van de leerling. Dat is evenmin onomstreden. Het gaat mij er niet om dat de in genoemde zaken gemaakte afwegingen verkeerd zijn. Ik wil alleen benadrukken dat er steeds een gedachtewereld achter verborgen ligt die ons niet wordt medegedeeld. *Waarom* het ene belang voorgaat boven het andere, is niet duidelijk. Misschien valt dat de lagere rechter niet eens kwalijk te nemen. Het is niet zijn taak om algemene oordelen te geven over rangordes tussen grondrechten. Dat gaat, zoals dat heet, zijn rechtsvormende taak te buiten. Dat is echter anders voor de Hoge Raad. Maar ook de wetgever laat het afweten: zowel bij de totstandkoming van de Grondwet 1983 als bij de parlementaire discussie over de Algemene wet gelijke behandeling<sup>39</sup> heeft hij geweigerd om algemene uitspraken te doen over rangordes tussen grondrechten. Dat men kan twisten over wat de juiste uitkomst moet zijn, afhankelijk van de politieke opvatting, is juist een aanwijzing dat het aan de wetgever is om in te grijpen. In de literatuur wordt deze praktijk echter bijna unaniem met instemming begroet op grond van het argument dat het van tevoren bepalen van een rangorde tussen grondrechten onmogelijk is.<sup>40</sup> Dat geloof ik niet: een fundamentele discussie over welk belang voorgaat kan wel degelijk worden gevoerd.<sup>41</sup> Mijns inziens is dat zelfs essentieel: het toedekken van conflicten en het onvoldoende open op tafel leggen van keuzes past niet langer in het post-Fortuyn-tijdperk.<sup>42</sup> In een sterk gepolariseerde maatschappij als de Nederlandse het laatste decennium is geworden, zijn duidelijker keuzes nodig, ook door de rechter.

Bovenstaande kritiek richt zich vooral tegen belangenafweging ter invulling van open normen (3.2), als vehikel om een onwelgevallige regel terzijde te laten (3.4) en het wegen van maatschappelijke belangen zoals grondrechten (3.5). In die gevallen neemt de rechter immers de meeste vrijheid om tot zijn oordeel te komen en is de motiveringsplicht het hoogst. Dan kan mijns inziens niet worden volstaan met het noemen van *topoi* (catalogi van omstandigheden). Die kunnen immers op

zichzelf het belangenconflict niet oplossen: daar is een keuze voor nodig en de motivering daarvan blijft te vaak achterwege. Anders gezegd: het noemen van *topoi* is slechts een begin en kan er alleen toe dienen om de juiste beslissing te vinden (is 'ars inveniendi').<sup>43</sup> De motivering (als deel van de 'ars iudicandi') volgt daarna. Zo was het bij Cicero en zo moet het nog steeds zijn<sup>44</sup> juist in een open systeem van rechtsvinding. Vichwags opmerking dat elk probleemdenken 'bindingsscheu'<sup>45</sup> is betekent nog niet dat niet naar betere technieken van motivering moet worden gezocht.

## 5. Wegen naar een consistentere praktijk: twee alternatieve benaderingen

Deze laatste paragraaf laat zien hoe belangenafwegingen op inzichtelijker wijze kunnen plaatsvinden. Daartoe worden twee varianten voor het voetlicht gebracht, overigens zonder te beweren dat andere wegen niet denkbaar zijn.<sup>46</sup> Het gaat er mij vooral om dat er alternatieven bestaan voor het – in mijn ogen weinig inzichtelijke – beslechten van belangenconflicten via omstandighedencatalogi.

Een rechtsvindingsmethode die bij uitstek een oplossing beoogt te bieden voor het probleem waarmee de rechter bij belangenafweging kampt (nl. het bestaan van tegenstrijdige belangen), is die van Ronald Dworkin. Dworkin zou wellicht eerder van tegenstrijdige beginselen spreken, maar dat is in dit verband weinig relevant. Hoe uit de om voorrang strijdende belangen een keuze te maken? Volgens Dworkin moet de rechter de oplossing kiezen die het beste past bij alle al bestaande beslissingen. Deze interpretatieve benadering, die het recht beschouwt als 'an unfolding narrative', maakt de

36. Aldus ook Griffiths, o.c., p. 836 in zijn fraaie artikel: 'Het nalopen van de omstandigheden kan immers het probleem dat de rechter een appel met een peer moet vergelijken niet oplossen. De rechter zal die omstandigheden dus uitleggen op de manier die past bij het (intuïtieve) oordeel dat hij zich voorafgaand (...) gevormd had.'

37. Hoge Raad 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 en HR 18 juni 1971, NJ 1971, 407 (*Mensendieck I en II*).

38. Hoge Raad 22 januari 1988, NJ 1988, 891 (*Maimonides*).

39. *Kamerstukken II* 1990/91, 22 014, nr. 3, p. 6.

40. Zie bijv. Roel de Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, Nijmegen 1994, p. 41; H.A. Groen, *De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken*, preadvies NJV 1995-I, p. 168 ('Zo'n rangorde bestaat (...) niet. En men moet er ook niet naar zoeken.');

A-G Vranken voor Hoge Raad 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (*Ferdi E.*).

41. Zie hierover de mooie oratie van J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, Alphen aan den Rijn 2006. Zie bijv. ook J.E. Goldschmidt, *Staats- en bestuursrechtelijke aspecten van positieve actie*, preadvies NJV 1989-I, p. 95, die het gelijkheidsbeginsel propageert als van hogere rang.

42. Vgl. Smits, o.c., nr. 25.

43. Vgl. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl., Tübingen 1990, p. 222.

44. Cicero, *Topica*, 2.1. Vgl. Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München 1974, p. 26, 39.

45. Viehweg, o.c., p. 41.

46. Zie ook de – anders getoonzette – drie benaderingen van belangenafweging bij A.M. Hol, *Gewogen recht; billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad*, Deventer 1993, p. 21 e.v. en vooral Gerards, o.c., p. 11 e.v.

rechter als een auteur die schrijft aan een kettingroman.<sup>47</sup> Het onmiskenbare voordeel van deze benadering is dat zij de rechter verplicht om bij het wegen van belangen alle eerdere precedentes mee te nemen. Daarmee wordt een grotere coherentie bereikt omdat niet langer de weinig richting gevende omstandighedencatalogi de beslissing dragen, maar de *vergelijking* met eerder besliste gevallen. Indien bijvoorbeeld in een concreet geval moet worden geoordeeld over het conflict tussen vrijheid van meningsuiting en bescherming van privacy zouden eerdere beslissingen inzicht moeten verschaffen in de vraag wanneer welk belang prevaleert en wordt inzichtelijker op welke relevante punten de nieuw te beslissen casus afwijkt van eerder besliste gevallen.<sup>48</sup>

Toch heeft deze benadering ook een belangrijk nadeel. Eerder (par. 2) werd betoogd dat de meest pregnante gevallen van belangenafweging nu juist bestaan waar een eerder geformuleerde regel ontbreekt. Dat zijn doorgaans 'nieuwe' situaties, waarvoor het recht ook nieuwe regels moet ontwikkelen. Een retorische vraag is of die regels dan ook in het verleden moeten worden gezocht of dat de rechter op zoek moet naar nieuwe maatstaven om vast te stellen wat in casu het beste is.

Een tweede alternatief kan daarom zijn een 'pragmatische' benadering van het belangenconflict, geïnspireerd door Richard Posners pleidooi voor 'law as pragmatism': een benadering van het recht die is 'practical, instrumental, forward-looking, activist, empirical, skeptical, antidogmatic, experimental'.<sup>49</sup> Die benadering opent de deur voor het binnenlaten van buitenjuridische maatstaven zoals economische efficiëntie. Zelfs indien men van een rechtseconomische analyse van bijvoorbeeld de *Kalimijnen*-zaak niet wil weten<sup>50</sup>, mag toch van de (hoogste) rechter worden verwacht dat hij die benadering beproeft en vervolgens gemotiveerd verworpt.

Voor mij is de kern van deze pragmatische benadering dat wordt gezocht naar objectievere methoden om belangen te wegen dan via verwijzingen naar omstandighedencatalogi. Daarbij kan de rechtseconomie zeker behulpzaam zijn (overigens naast inzichten uit andere disciplines), maar uiteindelijk moet daar een *juridisch* oordeel uit volgen. In een pragmatische benadering kunnen daartoe mijns inziens wel degelijk bepaalde belangen als *a priori* van groter belang worden be-

schouwd dan andere.<sup>51</sup> In de besproken rechtspraak bezondigt de rechter zich aan de retorische truc de belangen eerst als gelijkwaardig te kwalificeren om ze vervolgens in de omstandigheden van het geval alsnog te prioriteren. Beter is het om van een *a priori* zwaarwegender belang uit te gaan, waarna de rechter vervolgens dient te motiveren waarom hij van die prioritering afwijkt. Het kan immers niet waar zijn dat de aard van het belang (welk rechtsgoed wordt er door beschermd?) en de ernst van de inbreuk enkel in concreto kunnen worden bepaald. Vuistregels als dat lichamelijke integriteit in beginsel meer bescherming verdient dan persoonlijke levenssfeer en persoonlijke levenssfeer weer meer dan een economisch belang zijn – na debat – wel degelijk op te stellen. In dit verband moet de *Kalimijnen*-uitspraak worden geprezen omdat daar als vuistregel het belang van de benedenstroomse gebruiker wordt geplaatst boven dat van de bovenstroomse vervuiler – zij het dat de reden waarom dit het geval is nog nadere argumentatie behoeft.

Ook de zaak van het gemeenteraadslid leent zich bij uitstek voor de door mij voorgestane benadering. Met Griffiths ben ik van oordeel dat de huidige praktijk – waarin het conflict tussen bescherming van de persvrijheid en bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt beslist aan de hand van *topoi* – 'zowel onzinnig als principieel verkeerd' is.<sup>52</sup> Vrijheid van meningsuiting is een wezenlijk andere grootheid dan bescherming van privacy of het voorkomen van reputatieschade en die twee als in beginsel gelijkwaardig beschouwen betekent dat de burger niet weet waar hij aan toe is, hetgeen ten onrechte leidt tot zelfcensuur. Griffiths bepleit dan ook met een beroep op onder meer John Stuart Mill en Dworkins gedachte van grondrechten als 'troefkaarten' (die ook kunnen worden uitgeoefend als de samenleving daar juist niet bij gebaat is) dat de vrijheid van meningsuiting in beginsel voor heeft te gaan. Hij bewijst aldus op fraaie wijze dat een alternatief voor recht doen aan de hand van omstandighedencatalogi wel degelijk mogelijk is.

Het doel van deze bijdrage was om de huidige praktijk van belangenafweging in het vermogensrecht te problematiseren en enkele suggesties te doen voor hoe het anders kan. In een korte bijdrage als deze kon dat noodzakelijkerwijs niet anders dan schetsmatig gebeuren. Dat mag echter niet in de weg staan aan mijn boodschap: de rechter die belangen weegt moet de keuzes die hij maakt beter motiveren en dient aan te geven waarom een bepaald belang zwaarder heeft te wegen. De waarde van omstandighedencatalogi is daarbij beperkt.

47. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, p. 228 e.v.

48. Voor een uitwerking van de gedachte van handelingsalternatieven voor de rechter en logica als een manier om rationeel om te gaan met belangenconflicten: Jaap Hage, *Studies in Legal Logic*, Berlin 2005, p. 101 e.v.

49. Richard Posner, *Overcoming Law*, Cambridge Mass. 1995, p. 11. Vgl. Hol, o.c., p. 24 e.v. en Vranken, *Algemeen deel: een vervolg*, o.c., nr. 118 e.v.

50. Zie voor een welsprekende kritiek bijv. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, o.c., p. 151 e.v.

51. Zie ook het Amerikaanse debat over 'categorization', waarover Gerards, o.c., p. 11 e.v. (met veel verdere verwijzingen en bespreking van voor- en nadelen).

52. Griffiths, o.c., p. 834.